

# ПРАВОВАЯ ОХРАНА РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

DOI: 10.17803/1994-1471.2020.121.12.109-121

О. В. Луткова\*

## Регулирование трансграничных авторских отношений, объектом которых являются произведения с потерянным правообладателем (сиротские)

**Аннотация.** Существующие сегодня в некоторых государствах варианты регулирования допуска третьих лиц к использованию сиротских произведений не унифицированы и тяготеют к правовым презумпциям opt-in (правообладатель по умолчанию не согласен) или opt-out (правообладатель по умолчанию согласен). Вместе с тем присутствуют отдельные общие для государств направления развития регулирования, касающиеся таких вопросов, как ключевое понимание сиротского произведения, предварительный поиск правообладателя, предоставление правообладателю возможности в течение определенного срока восстановить свои права и получить компенсацию за использование произведения, ограничение компенсации за использование сиротского произведения. В отдельных государствах просматриваются также тенденции развития регулирования доступа к бесхозным произведениям именно для трансграничных отношений: создание объединенных банков-хранилищ и сотрудничество таких банков (ЕС); признание статуса сиротского произведения, установленного в одном государстве, другими (договаривающимися) государствами (ЕС); восприятие (в установленном случае) национальными судами выданных в иностранной юрисдикции подтверждающих документов о проведенном поиске правообладателя в качестве доказательств сиротства произведения (США); установление коллизионного регулирования для поиска права, применимого к отношениям с произведениями, восстановленными в авторско-правовой охране (США). В силу того, что деятельность государств по регулированию доступа к произведениям с неизвестным правообладателем противоречит концепции исключительности авторских прав и императивности срока их действия, создание правового режима охраны сиротских произведений должно инициироваться на конвенционном (унифицирующем) уровне.

**Ключевые слова:** сиротские произведения; произведения с потерянным правообладателем; допуск к использованию бесхозных произведений; коллизионное регулирование; трансграничные авторские отношения; общественное достояние; авторское право; закон государства происхождения произведения (lex loci originis); орфанное произведение; ЕС; США.

---

© Луткова О. В., 2020

\* Луткова Оксана Викторовна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993  
ovlutkova@mail.ru

**Для цитирования:** Луткова О. В. Регулирование трансграничных авторских отношений, объектом которых являются произведения с потерянным правообладателем (сиротские) // Актуальные проблемы российского права. — 2020. — Т. 15. — № 12. — С. 109–121. — DOI: 10.17803/1994-1471.2020.121.12.109-121.

### **Regulation of Cross-Border Copyright Relations related to Works with an Unknown Copyright Holder (Orphan Works)**

**Oksana V. Lutkova**, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Department of International Private Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993  
ovlutkova@mail.ru

**Abstract.** The existing options for regulating the admission of third parties to the use of orphan works are not unified and tend to the legal presumptions opt-in (the copyright holder disagrees by default) or opt-out (the copyright holder agrees by default). There are certain common directions of the development of regulation concerning such issues as key understanding of an orphan works, preliminary search for a copyright holder, providing the copyright holder with the opportunity within a certain period to restore his rights and receive compensation for the use of a work, limitation of compensation for the use of an orphan works. Some states also show a tendency to the development of regulation of access to orphaned works specifically for cross-border relations: the creation of joint storage banks and cooperation of such banks (EU); recognition of the status of an orphan work established in one state by other (contracting) states (EU); the perception (In the established case) by national courts of supporting documents issued in a foreign jurisdiction on the search for the copyright holder as evidence of the orphanhood of the work (USA); establishment of conflict of laws regulation for finding the law applicable to relations with works restored under copyright protection (USA). Due to the fact that the activities of states to regulate access to works with an unknown rightholder contradicts the concept of the exclusivity of copyright and the imperativeness of their validity, the creation of a legal regime for the protection of orphan works should be initiated at the conventional (unifying) level.

**Keywords:** orphan works; works with a unknown copyright holder; admission to the use of ownerless works; conflict regulation; cross-border copyright relations; public domain; Copyright; lex loci originis; EU; USA.

**Cite as:** Lutkova OV. Regulirovanie transgranichnykh avtorskikh otnosheniy, obektom kotorykh yavlyayutsya proizvedeniya s poteryannym pravoobladatelem (sirotskie) [Regulation of Cross-Border Copyright Relations related to Works with an Unknown Copyright Holder (Orphan Works)]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2020;15(12):109-121. DOI: 10.17803/1994-1471.2020.121.12.109-121. (In Russ., abstract in Eng.).

**В** сфере регулирования трансграничных авторско-правовых отношений в настоящее время актуальна проблема охраны произведений, связь с авторами (правообладателями) которых обществом утрачена — их личность или местонахождение невозможно установить. В отсутствие унификации в разных правовых порядках такие произведения могут идентифицироваться как произведения с неустановленным (потерянным) автором, недоступным правообладателем, не определяемые по субъекту авторского права, орфанные, бесхозные, сиротские и др.

Центральной проблемой правового регулирования отношений с такими произведениями является тот факт, что обладатель прав на них не установлен и/или не установлено его местоположение, но сами произведения авторским правом охраняются. Следовательно, в отношении сиротских произведений действуют исключительные права, в силу чего любые способы их использования третьими лицами — воспроизведение, перевод на иностранный язык, переработка, перевод в цифровой формат, размещение в цифровых сетях и др. — должны быть санкционированы правообладателем. Однако,

поскольку правообладателя невозможно установить, невозможно и получить разрешение на любые виды использования произведения.

Существует много причин, по которым охраняемое авторским правом произведение может попасть в категорию сиротских. Это могут быть причины субъективного характера, связанные с безразличным отношением автора к результату своего интеллектуального труда, такие как создание произведения в процессе творческого труда несколькими лицами, не знающими друг о друге<sup>1</sup>, нежелание автора контролировать «судьбу» своего творения. Причины могут носить объективный характер, не связанный непосредственно с волей автора, такие как утрата информации об авторе в результате повреждения носителя<sup>2</sup>, на котором зафиксировано произведение, или потери оригинала, а также в результате намеренного искажения третьими лицами информации об авторе<sup>3</sup> или смены правообладателя и недоступности правопреемника, который может быть не просто новым лицом в правоотношении, но иностранным физическим или юридическим лицом.

Итак, сиротскими становятся произведения, находящиеся под действием авторского права, но в отношении которых потеряна связь с правообладателями. И правильным представляется отсчитать назад 70 лет постмортального срока охраны авторских прав, к которому прибавить еще 70 лет, ориентируясь на среднестатистический срок человеческой жизни, и сделать вывод о том, что все сиротские произведения относятся к периоду создания в пределах от 140 лет назад и менее.

В большинстве случаев для выявления среди произведений, правообладателя которых невозможно установить, находящихся под охраной авторского права, такой отсчет справедлив. Из-за отсутствия цифрового формата закрепления информации, а также из-за развития самиздата в политически нестабильные периоды современное общество из предыдущих столетий получило в большом количестве произведения с неустановленным правообладателем<sup>4</sup>. Так, значительная часть информации о культуре XX в. в настоящее время представлена именно в произведениях с неустановленным правооб-

<sup>1</sup> Например, произведения как результат некоторых типов лицензирования по модели Creative commons. Или так называемые «демотиваторы» — пародии на основе заимствования изображенного на «плакате-мотиваторе» другого автора оптимистичного визуального сюжета, но с комментарием, формирующим у реципиента настроение обреченности и бессмысленности якобы мотивируемых усилий.

<sup>2</sup> Так, во время военного конфликта в Югославии усилиями центральных и региональных библиотек было спасено большое количество книг, однако в связи с бомбардировкой и введением военного положения вывод архивов был приостановлен и многие книги оказались повреждены, вследствие чего произошла потеря информации об авторах ряда произведений (см.: Мишакова Ю. И. «Сиротские произведения»: история и перспективы развития // Вопросы российского и международного права. 2018. Т. 8. № 5А. С. 167–174).

<sup>3</sup> Исследование причин возникновения сиротских произведений см.: Левова И. Ю., Винник Д. В., Мусеева А. Ю. Сиротские произведения в России: статус, пути решения проблемы. Как открыть доступ к произведениям, авторов или законных правообладателей которых установить невозможно. М., 2016. С. 7–8.

<sup>4</sup> Имеющиеся статистические данные процентного соотношения сиротских произведений к произведениям с известными правообладателями впечатляют большим количеством именно «бесхозных» работ. Британская библиотека оценивает количество сиротских произведений в своих фондах цифрой 26,5 %, Университет Карнеги — Меллона (Carnegie Mellon University) в двух исследованиях приходит к результатам 21 и 31 % (см.: Калятин В. О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. Октябрь — декабрь. С. 12). Американская цифровая библиотека Хатхи Траст (Hathi Trust Digital Library) после серьезного исследования обнародовала примерную цифру — 50 % (см.: Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of «Rights» in Digital Collection Building. By J. P. Wilkin. Feb., 2011. URL: <https://www.clir.org/pubs/ruminations/wilkin/>).

ладателем<sup>5</sup>. Трудности вызывает также поиск автора иллюстраций прежних лет: «...мы не имеем права использовать фотографии какого-то уникального события: есть колоссальное количество снимков 1930-х гг., но узнать, кто их сделал, невозможно»<sup>6</sup>.

Однако было бы ошибкой счесть, что проблема сиротства не затрагивает косвенно и произведения, в подлиннике однозначно перешедшие в общественное достояние. В тех случаях, когда такое произведение нуждается в современном переводе, обладатель прав на перевод может становиться тем самым неустановленным правообладателем. Например, поэт Данте Алигьери умер в 1321 г. в Италии (Равенна) и все его произведения, созданные задолго до принятия международных соглашений по авторскому праву, находятся в общественном достоянии. Однако обратимся к конкретному произведению — «Божественной комедии»<sup>7</sup>. Автор написал его не на латыни и даже не на том итальянском языке, каким он является сегодня, а на разговорном диалекте флорентийского языка своеобразной цепочкой рифм — терцинами. Соответственно, перевод на русский язык такого произведения требует серьезных знаний и труда, чтобы не только воссоздать смысл произведения и его поэтическое звучание на древнем языке, но и учесть исторические и творческие особенности текста. Такой перевод был сделан, в частности, коллективом переводчиков в СССР. Несмотря на то что перевод был выложен в сеть Интернет, известное издатель-

ство добросовестно провело поиск правопреемников (наследников) переводчиков, прежде чем решило издать произведение. Из семи наследников были найдены шесть, седьмой объявился сам — уже как истец в споре о нарушении авторских прав. Представитель юридического отдела издательства прокомментировал ситуацию: «...издательства периодически сталкиваются с такими произведениями, спрос на которые вполне серьезен. Но практика показывает, что... даже добросовестные и открытые попытки найти автора путем публикации в газетах, запросов в справочниках, общения с правообладателями ни к чему не приводят... Типичный пример — когда есть права на зарубежное произведение и имеется достаточно качественный перевод, автор которого неизвестен»<sup>8</sup>.

Легитимная возможность использовать произведения, охраняемые авторским правом, в том числе сиротские, без разрешения правообладателя — это механизм свободного использования произведений<sup>9</sup>. Для трансграничных отношений свободное использование представляет собой императивно предписанный в ст. 10 и 10 (bis) Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (далее — Бернская конвенция 1886 г.) узкий перечень возможностей для третьих лиц: цитирование; иллюстрирование для учебных целей; использование определенных статей и произведений, переданных в эфир; использование произведений, показанных или оглашенных в связи с текущими событиями<sup>10</sup>. В силу того,

<sup>5</sup> Согласно оценке Центра по изучению общественного достояния Юридической школы Университета Дюка (см.: Orphan Works Analysis and Proposal. Submission to the Copyright Office / Center for the Study of the Public Domain. Duke Law School. March, 2005 // URL: <http://www.law.duke.edu/cspd> (дата обращения: 21.04.2020)).

<sup>6</sup> Интервью исполнительного директора Wikimedia, 2014 г. // URL: <http://www.law.duke.edu/cspd> (дата обращения: 21.04.2020).

<sup>7</sup> При жизни автора произведение называлось просто «Комедия».

<sup>8</sup> Произведения-сироты // Университетская книга. 2014. Сентябрь. URL: <http://www.unkniga.ru/freemic/3146-proizvedeniya-siroty.html> (дата обращения: 21.04.2020).

<sup>9</sup> В США и других англосаксонских странах используются доктрина добросовестного использования произведений (fair use) и доктрина честного использования произведений (fair dealing) (см. об этом: *Луткова О. В.* Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2016. № 2. С. 186–199).

<sup>10</sup> Национальное регулирование свободного использования произведений в законодательстве государств — участников Конвенции опирается на конвенционные предписания и детализирует их (см. об этом:

что перечисленных возможностей недостаточно для полноценного оборота произведения, сиротские произведения остаются вне социума, исключаются из культурного оборота и обрекаются на хранение на первоначальном носителе (бумаге, виниловой пленке и т.п.) под угрозой окончательного разрушения носителя и полной утраты произведения<sup>11</sup>.

Возникает вопрос, является ли необходимой и возможной разработка специального правового регулирования для произведений с недоступным правообладателем, которое позволяло бы сохранить защиту владельца прав, но открывало бы пользователям в разных государствах в определенном объеме доступ к сиротским произведениям.

Сразу отметим, что в настоящее время сделать это, не нарушая предписания базовых конвенций по авторскому праву, невозможно из-за закрепленных на международном (публично-правовом) уровне высоких стандартов охраны, основанных на концепции исключительности авторских прав и их действия в течение всей жизни автора и определенного срока после его смерти<sup>12</sup>.

Тем не менее в настоящее время более 20 государств приняли юридические и иные нормы, в той или иной мере регулирующие отношения, объектом которых являются произведения с по-

терянным правообладателем<sup>13</sup>. Однако в механизмах законодательного доступа к сиротским произведениям в трансграничном масштабе отсутствует единообразие: в одних государствах это закрепление возможности использовать сиротские произведения только на индивидуальной основе, в других — разрешение лицензирования в массовых масштабах<sup>14</sup>.

Легализацию доступа к сиротским произведениям в разных государствах можно свести к двум основным подходам. При подходе *opt-in* правообладатель, действуя пассивно, считается по умолчанию не согласным на использование своего произведения, но третьи лица при соблюдении условий могут получить разрешение от государства (ЕС, Германия, Канада, Япония, Индия, Южная Корея). В рамках подхода *opt-out* правообладатель считается по умолчанию согласным на использование произведения, но имеет возможность отказаться, действуя активно (Франция, Великобритания).

Во многих правовых системах доступ к бесхозным произведениям основан на подходе *opt-in*, что предопределяется сущностью авторских прав, тесно связанных с личностью автора. В Европейском Союзе история поиска возможностей допуска третьих лиц к использованию произведений с потерянным правообладателем была начата с неюридического докумен-

---

Луткова О., Черныш Д. Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 12. С. 47–56).

<sup>11</sup> Безусловно, не все произведения с недоступным правообладателем имеют художественную и коммерческую ценность. Однако они могут обладать культурной, исторической, научной и образовательной ценностью, характеризую эпоху или конкретную персону, как, например, личные письма и дневники, географические карты, учебные и научные тексты и др. (см.: Orphan Works Analysis and Proposal. Submission to the Copyright Office).

<sup>12</sup> Только по истечении срока охраны авторских прав произведение переходит в режим общественного достояния и может быть использовано любым лицом без испрашивания разрешения и выплаты гонорара.

<sup>13</sup> Проблема произведений с недоступным правообладателем поднималась в РФ, но к настоящему времени не получила правового решения (см. об этом: Костюк К. Проблема введения сиротских произведений в пространство легального рынка электронных книг // Библиотечное дело. 2013. № 8 (194). С. 31–33).

<sup>14</sup> Подробнее об этом см.: Дмитриева Г. К., Луткова О. В. Национальные механизмы регулирования трансграничных авторских отношений, объектом которых являются сиротские произведения // Lex russica. 2019. № 11 (156). С. 18–29.

та — отчета Рабочей группы высокого уровня по цифровым библиотекам 2007 г.<sup>15</sup> В отчете были разработаны принципы использования произведений с недоступным правообладателем для пространства ЕС: единство оснований использования; добросовестность поиска правообладателя; немедленное изъятие произведения из реестра сиротских в случае обнаружения правообладателя; установление особого режима использования сиротских произведений для некоммерческих учреждений в культурных и образовательных целях; возможность коммерческого использования сиротских произведений; выплата компенсации в случае обнаружения правообладателя за период использования произведения.

Эти принципы обрели юридическое значение в нормах Директивы Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2012/28/ЕС от 25.10.2012 об определенном разрешенном использовании произведений, не определяемых по субъекту авторского права<sup>16</sup>. В соответствии с Директивой «произведения... считаются не определяемыми по субъекту авторского права, если ни один из правообладателей такого произведения... неизвестен или не обнаружено местонахождение ни одного из известных правообладателей в результате добросовестного поиска, проведенного и зафиксированного» (ст. 2).

Важным аспектом для трансграничного регулирования в рамках ЕС является правило, что «произведения... признанные не определяемыми по субъекту авторского права... в одном государстве — члене ЕС, должны признаваться таковыми во всех государствах — членах ЕС... могут быть использованы, и к ним может быть получен доступ в соответствии с настоящей Директивой во всех государствах — членах ЕС» (ст. 4).

Действие Директивы распространяется на все произведения, находящиеся под защитой законодательства об авторских правах государств — членов ЕС с 29 октября 2014 г. включительно (п. 1 ст. 8)<sup>17</sup>. Ограничения исключительных прав на сиротские произведения незначительны и заключаются в том, что лишь некоторые организации (общедоступные библиотеки, образовательные учреждения и музеи, архивы, фильмо- и аудиофонды, организации общественного вещания, учрежденные в государствах ЕС) вправе (ст. 6): сообщать сиротские произведения для всеобщего сведения; воспроизводить их в целях оцифровки, сообщения, индексирования, каталогизации, сохранения или реставрации. При этом организациям разрешено получать доход за использование для достижения целей, связанных с общественными интересами.

Если в период действия исключительных прав обнаружится правообладатель, он может прекратить сиротский статус произведения (ст. 5) и получить справедливую компенсацию за весь период использования. Компенсация устанавливается государством — членом ЕС, на территории которого расположена организация, использовавшая произведение, в отношении которого заявлены права (ст. 18).

На основании Директивы организована единая база данных для ЕС о произведениях с неустановленным правообладателем — Orphan Works Database<sup>18</sup>, комплектуемая усилиями крупных библиотек Европы. Помимо информации о сиротских произведениях, находящихся в коллекциях указанных ранее организаций, база данных содержит информацию о коллективных обладателях прав на нее, что должно облегчать заинтересованным лицам получение цифровой копии произведения в законных целях.

<sup>15</sup> Report on Digital Preservation, Orphan Works European Commission and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues / Ad. by the High Level Expert Group at its third meeting on 18.04.2007 // URL: ec.europa.eu/information\_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc\_id=295.

<sup>16</sup> СПС «Гарант».

<sup>17</sup> Действие Директивы распространяется на отношения между лицами государств — членов ЕС и не обязывает государства — члены ЕС действовать аналогичным образом в отношении других государств.

<sup>18</sup> URL: <https://www.oami.europa.eu/orphanworks/> (дата обращения: 21.04.2020).

К подходу opt-in тяготеют также Соединенные Штаты Америки в документе рекомендательного<sup>19</sup> характера — докладе Бюро по охране авторских прав в США «Сиротские произведения и массовая оцифровка» 2015 г.<sup>20</sup> В докладе охарактеризована система расширенного коллективного лицензирования на оцифровку произведений с неустановленным правообладателем, которую можно использовать для авторизации проектов под государственным надзором на условиях, установленных сторонами. Лицензии должны выдаваться и управляться коллективными организациями, которые получают на это полномочия от государственных органов по авторскому праву. Коллективные организации, выступая лицензиарами, на безвозмездных или возмездных условиях, представляют интересы неустановленных владельцев авторских прав на литературные, графические и фотографические произведения. Если правообладатель будет установлен, он вправе восстановить охрану своего произведения.

В докладе сформулированы принципы, с ориентацией на которые должен осуществляться доступ третьих лиц к сиротским произведениям:

- доступ предоставляется пользователям, подтвердившим, что они провели добросовестный и скрупулезный поиск правообладателя, но не смогли установить его личность и/или местонахождение;
- поиск считается скрупулезным, если он осуществлялся при помощи Бюро по охране авторских прав, с использованием источников авторского права и лицензий, а также с использованием разумных и целесообразных технических средств и баз данных;

- Бюро по охране авторских прав должно оказывать поддержку в поисках правообладателей сиротских произведений;
- суду США при определении им соответствия конкретного поиска закону США разрешается учитывать документы, выданные под иностранной юрисдикцией, подтверждающие, что поиск правообладателя был произведен добросовестно и с достаточным усердием, при условии взаимности (если в соответствующей иностранной юрисдикции обеспечивается аналогичное обращение с документами, подтверждающими поиски, выданными органами США);
- денежная компенсация за нарушение пользователями авторских прав на сиротские произведения должна быть ограничена разумным размером — суммой, с которой согласились бы заинтересованные покупатель и продавец непосредственно перед началом использования произведения;
- денежная компенсация не должна применяться в отношении некоммерческих образовательных и культурных учреждений;
- объем санкций за переработку сиротского произведения, если такая переработка сочетается со значительным оригинальным выражением в новой работе, должен быть ограничен разумной компенсацией за прошлые и будущие виды использования произведения и обеспечение атрибуции;
- суд вправе налагать запрет на внесение изменений в сиротское произведение, если такая переработка нанесет репутационный вред автору первичного произведения;
- возможность добросовестного использования (fair use) сиротских произведений должна сохраняться и др.

<sup>19</sup> О неудачных попытках США принять юридические нормы в рассматриваемой сфере см.: Dispute Settlement: Dispute DS160. World Trade Organization // URL: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds160\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm) (дата обращения: 21.04.2020); Peters M. The Importance of Orphan Works Legislation. U. S. Copyright Office // URL: <https://www.copyright.gov/orphan/> (дата обращения: 21.04.2020); Козловский С. А., Горбунова А. С., Жуков Д. А. [и др.] Открытая библиотека. Рекомендации для библиотек по использованию открытых лицензий и публикации произведений в режиме открытого доступа / под общ. ред. С. А. Козловского. М. : Ваш формат, 2017. С. 100.

<sup>20</sup> Orphan Works and Mass Digitization. A report of the register of copyrights. June, 2015 // URL: <https://www.copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf> (дата обращения: 21.04.2020).

В настоящее время только отдельные фрагменты регулирования сиротских произведений одобрены в США законодательно. В частности, осенью 2018 г. принят Акт о модернизации в сфере музыки, в котором предусмотрены улучшения механизма расчета авторского вознаграждения за права на публичное исполнение и механическое воспроизведение музыкальных работ, в частности предусмотрена возможность использования в некоммерческих целях фонограмм, изданных до 1972 г., обладатель прав на которые не установлен (sec. 2)<sup>21</sup>. Алгоритм действий для заинтересованного лица выглядит следующим образом: обращение за лицензией в Бюро авторских прав США, которое делает публичное заявление о поступившем запросе; удовлетворение запроса через 90 дней в случае, если правообладатель не будет найден.

Государством, легализующим доступ к бесхозным произведениям на основе подхода *opt-out*, является Франция. В 2012 г. Парламент принял закон «О цифровом использовании недоступных книг XX века»<sup>22</sup>, согласно которому Государственной библиотеке Франции (*Gallica*) «по умолчанию» разрешена оцифровка книг, изданных до 1 января 2001 г. и не находящихся в коммерческом использовании, авторы которых не установлены (L. 134-1)<sup>23</sup>. Оцифрованные книги передаются в фонд, через который к ним получают доступ пользователи, а также компании-партнеру, ответственному за их дальнейшее использование.

Правообладатель в течение 6 месяцев после размещения в фонде принадлежащего ему произведения может изъять его с целью нового выпуска на рынок (L. 134-3.-I). Для повторного выпуска произведения в свет правообладателю предоставляются 2 года, после истечения которых право на воспроизведение и распространение произведения в цифровой форме переходит к библиотеке. Библиотека может

воспроизводить соответствующее произведение на условиях выплаты лицензионных отчислений организации по коллективному управлению правами, принадлежащей Министерству культуры Франции. Понимание сиротской работы в рассматриваемом Законе совпадает в общеевропейским, закрепленным в рассмотренной ранее Директиве (L. 113-10).

Таким образом, некоторые государства стремятся создать специальный режим регулирования для произведений с неустановленным правообладателем, когда, с одной стороны, произведение становится в определенном объеме доступно для использования третьим лицам, но при этом у правообладателя в случае, если он будет найден, сохраняется безусловное право прекратить в отношении своего произведения статус сиротского и получить (как правило) компенсацию за его несанкционированное (со стороны правообладателя) использование.

И на первый взгляд может сложиться впечатление, что проблема произведений с неустановленным правообладателем хотя бы в основном разрешена. Однако стоит проанализировать риски, которые возникнут в случае, если произведение получит статус сиротского и третьи лица, включая иностранные, начнут его правомерно использовать в разрешенных пределах, создавая в том числе производные версии, после чего правообладатель будет найден и первичное произведение восстановлено из сиротских или даже из общественного достояния снова под охрану авторского права.

Авторско-правовая охрана может быть восстановлена не только в результате выявления обладателя прав на сиротское произведение, но и в результате некоторых других обстоятельств: продления военного времени; признания недействительным акта добровольной передачи автором произведения в общественное достояние; в результате вступления государства в меж-

<sup>21</sup> URL: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4706/text> (дата обращения: 21.04.2020).

<sup>22</sup> JORF n°0053 du 2 mars 2012. LOI n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du xxe siècle // URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=273943](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=273943) (дата обращения: 21.04.2020).

<sup>23</sup> How France is embracing digitization of everything // CNN. URL: [http://edition.cnn.com/2015/02/21/intl\\_tv/chambers-france-digitization/index.html](http://edition.cnn.com/2015/02/21/intl_tv/chambers-france-digitization/index.html) (дата обращения: 21.04.2020).

дународное соглашение с соответствующими обязательствами и по другим причинам<sup>24</sup>.

Последствия восстановления отдельных произведений под охрану авторского права для трансграничных отношений можно оценить на следующем примере. Российская Федерация в 1994 г., присоединяясь к Бернской конвенции 1886 г. в редакции 1971 г., сделала оговорку об отказе от исполнения статьи об обратной силе Конвенции<sup>25</sup>, подчеркнув, что «действие Бернской конвенции... не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для РФ уже являются на ее территории общественным достоянием»<sup>26</sup>. Однако в процессе подготовки к вступлению в ВТО мировое сообщество потребовало от Российской Федерации соответствия ее законодательства мировым стандартам, в том числе в сфере регулирования авторских прав.

В процессе подготовки к вступлению в ВТО оговорка к статье об обратной силе Бернской конвенции 1886 г. была официально снята РФ в 2012 г.<sup>27</sup>, но изменения в отечественное законодательство начали вноситься значительно раньше. Соответственно, ряд произведений иностранных авторов, которые на территории РФ на момент присоединения к Бернской конвенции 1886 г. находились в общественном достоянии,

снова вернулись под охрану авторского права. Это произошло главным образом по причине того, что в Бернской конвенции 1886 г. предусмотрен более длительный срок охраны авторских прав, чем в действовавшем до вступления в Конвенцию отечественном законодательстве, а также в силу того, что участие РФ в Бернской конвенции 1886 г. расширило круг государств, с которыми РФ оказалась связанной договорными отношениями в сфере авторских прав<sup>28</sup>. В связи с обозначенной ситуацией, в частности, в 2008 г. возник ряд проблем с репертуаром отечественных театров. Так, Театру имени Вахтангова иностранный правообладатель запретил продолжать постановку пьесы «Милый лжец» (Джером Килти, 1957 г.), которая к этому моменту шла в театре уже 14 лет. Иностранные обладатели прав на «Трехгрошовую оперу» Бертольда Брехта (1931 г.) запретили МХАТу продолжать постановку пьесы в переработанном виде под угрозой штрафа и полного запрета постановки. Были запрещены пьесы Юкио Мисимы, в частности «Маркиз де Сад» в Молодежном театре г. Санкт-Петербурга; а по всей России — постановка пьесы «Двенадцать разгневанных мужчин» Р. Роуза и многие другие.

Таковы для практики авторско-правовых отношений последствия восстановления в охране

<sup>24</sup> Вопреки этому мнению, профессор О. А. Городов настаивает, что в ст. 18 Бернской конвенции 1886 г. предписана «...бесповоротность перехода результата интеллектуальной деятельности в режим общественного достояния, означающая недопустимость его обратного перехода в режим юридической монополии (режим исключительных прав)» (Городов О. А. Общественное достояние как правовой режим результатов интеллектуальной деятельности // Патенты и лицензии. 2017. № 4. С. 10–18).

<sup>25</sup> Конвенция вступила в силу для РФ в 1995 г.

<sup>26</sup> Постановление Правительства РФ от 03.11.1994 № 1224 «О присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 г., Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 г. и дополнительным Протоколам 1 и 2, Конвенции 1971 г. об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм». П. 2 // СПС «Гарант».

<sup>27</sup> Постановление Правительства РФ от 11.12.2012 № 1281 «Об отзыве заявления, сделанного при присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений» // СПС «Гарант».

<sup>28</sup> В соответствии с действовавшим ранее Законом об авторском и смежных правах 1993 г., произведения, которым на территории России никогда не предоставлялась охрана, также считались перешедшими в общественное достояние (п. 1 ст. 28) (Закон РФ от 09.07.1993 № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (с изм. и доп.) (утратил силу) // СПС «Гарант»).

произведений из статуса сиротских или из общественного достояния<sup>29</sup>. В подобных случаях затрагиваются права не только первичных авторов и лиц, вступивших с ними в договорные отношения, но также третьих лиц, правомерно воспользовавшихся объектами общественного достояния и создавших на их основе производные объекты.

В этом случае относительно производного произведения (производного от ранее имевшего статус сиротского произведения, но возвращенного под авторско-правовую охрану) возникает ряд вопросов, ключевыми из которых являются следующие:

- правомерно ли в принципе существование производного произведения;
- можно ли продолжать эксплуатацию производного произведения, если первичный автор (правообладатель) возражает;
- действуют ли правомерно заключенные трансграничные договоры о передаче авторских прав на производное (от сиротского или перешедшего в общественное достояние) произведение и зависит ли ситуация от вида договора (отчуждение, лицензирование);
- какой порядок компетентен регулировать соответствующее авторское отношение, если оно имеет трансграничный характер?

В настоящее время правовое регулирование трансграничных отношений, возникающих в связи с восстановлением произведений в авторско-правовой охране, в национальных правовых системах государств отсутствует, как правило, не только на коллизионном, но и на материально-правовом уровне. Исключением являются некоторые нормы в праве США.

Так, для определения права, применимого при установлении принадлежности восстановленных исключительных прав автора, в Кодексе

США предписано применять коллизионную привязку «закон страны происхождения произведения» (*lex loci originis*): восстановленные права принадлежат «автору или начальному правообладателю в соответствии с законом страны происхождения произведения» (§ 104A 2 (b) 17 USC)<sup>30</sup>.

Кроме того, в Кодексе США урегулированы также отношения по поводу восстановленных прав между автором первичного произведения (начальный правообладатель) и лицом, правомерно создавшим на основе этого (на тот момент сиротского или перешедшего в общественное достояние) произведения, авторские права на которое были впоследствии восстановлены, новое (собственное) производное произведение (§ 104A (d) (3) 17 USC). Авторам производных от восстановленных в охране произведений разрешается продолжать использование своих произведений при условии выплаты обладателю прав на оригинал разумного вознаграждения, размер которого при отсутствии договоренности сторон может определить суд<sup>31</sup>.

Законодательный опыт США, несомненно, интересен и должен быть изучен — как с точки зрения юридической техники, так и с точки зрения практики применения. Из-за отсутствия во внутреннем праве большинства государств соответствующих норм их правоприменительные органы лишены механизма рассмотрения споров, связанных с проблемой регулирования трансграничных отношений в связи с восстановлением произведений в авторско-правовой охране. При этом тенденции, связанные, например, с усилением в последние десятилетия внимания к проблеме сиротских произведений; введением многими государствами юридических норм, позволяющих авторам отказываться от исключительных прав; развитием движения

<sup>29</sup> Как правило, в национальном праве государств, устанавливающих регулирование для произведений с потерянным правообладателем, предусматривается «переходный» период, в течение которого произведение находится в статусе сиротского и может использоваться разрешенными способами и в установленном порядке; после истечения этого периода, если правообладатель не будет найден, произведение переходит в общественное достояние.

<sup>30</sup> 17 U. S. Code // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/104> (дата обращения: 21.04.2020).

<sup>31</sup> См. об этом также: Будылин С. Л. Винни-Пух и Чебурашка встречаются в суде. Споры вокруг «старых» произведений в России и за рубежом // Журнал суда по интеллектуальным правам. 2014. № 4. С. 53–66.

Creative commons, свидетельствуют о том, что количество спорных ситуаций в связи с трансграничными отношениями по поводу восстановленных в авторско-правовой охране произведений может увеличиться.

Исследование проблем регулирования произведений с потерянным автором в трансграничных отношениях, формирующегося в настоящее время в ряде государств, показывает, что в каждом отдельном случае такое регулирование специфично, отсутствуют унификация и даже гармонизация существующих норм для трансграничных отношений. Примеры национально-правового допуска к использованию сиротских произведений в разных государствах тяготеют к одному из подходов, основанных на правовых презумпциях opt-in (правообладатель по умолчанию не согласен) или opt-out (правообладатель по умолчанию согласен).

Сегодня в разных национальных системах права неединообразно оцениваются почти все элементы института сиротских произведений: само понятие сиротского произведения; виды произведений, к которым может быть открыт доступ, и способы их возможного использования; субъектный состав пользователей и лиц, отвечающих за эксплуатацию произведений; сроки, в течение которых может быть прекращен статус сиротского произведения; возможность коммерческого использования таких произведений и др.

В то же время в содержании существующих норм усматриваются общие направления развития правового регулирования: позиционирование охраняемого объекта как произведений, находящихся под действием авторского права, правообладатели которых неизвестны или недоступны; требование проведения предварительного поиска и предъявления доказательств того, что он не привел к установлению личности и/или местонахождения правообладателя; создание банков-хранилищ и реестров сиротских про-

изведений; предоставление правообладателю возможности в течение определенного срока восстановить свои права и получить компенсацию за использование произведения; разумное ограничение компенсации за использование сиротского произведения.

Подчеркнем, что в действующих нормах отдельных государств просматриваются тенденции регулирования доступа к бесхозным произведениям именно применительно к трансграничным отношениям: создание объединенных банков-хранилищ произведений с потерянным правообладателем и сотрудничество таких банков (ЕС); признание статуса сиротского произведения, установленного в одном государстве, другими (договаривающимися) государствами (ЕС); восприятие (в установленном случае) национальными судами выданных в иностранной юрисдикции подтверждающих документов о проведенном поиске правообладателя в качестве доказательств сиротства произведения (США); установление коллизионного регулирования для поиска права, применимого к отношениям с произведениями, восстановленными в авторско-правовой охране (США).

При этом усилия государств объективно блокирует и делает нелегитимными установленное в универсальных международно-правовых соглашениях<sup>32</sup> регулирование, основанное на исключительности авторских прав и императивности срока их действия — в течение всего периода жизни автора и определенного периода после его смерти. Таким образом, создание режима охраны произведений с недоступным правообладателем должно инициироваться на международном уровне: только так можно снять проблему противоречия конвенционного режима охраны исключительных авторских прав национальным нововведениям и только на этом уровне можно решить проблему унификации трансграничных отношений в рассматриваемой сфере.

---

<sup>32</sup> В первую очередь речь идет о базовых международных авторско-правовых соглашениях — Бернской конвенции 1886 г. и Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Будылин С. Л. Винни-Пух и Чебурашка встречаются в суде. Споры вокруг «старых» произведений в России и за рубежом // Журнал суда по интеллектуальным правам. — 2014. — № 4. — С. 53–66.
2. Городов О. А. Общественное достояние как правовой режим результатов интеллектуальной деятельности // Патенты и лицензии. — № 4. — 2017. — С. 10–18.
3. Дмитриева Г. К., Луткова О. В. Национальные механизмы регулирования трансграничных авторских отношений, объектом которых являются сиротские произведения // Lex russica. — 2019. — № 11 (156). — С. 18–29.
4. Калятин В. О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2015. — № 4. Октябрь — декабрь. — С. 4–16.
5. Козловский С. А., Горбунова А. С., Жуков Д. А. [и др.] Открытая библиотека. Рекомендации для библиотек по использованию открытых лицензий и публикации произведений в режиме открытого доступа / под общ. ред. С. А. Козловского. — М. : Ваш формат, 2017. — 140 с.
6. Костюк К. Проблема введения сиротских произведений в пространство легального рынка электронных книг // Библиотечное дело. — 2013. — № 8 (194). — С. 31–33.
7. Легова И. Ю., Винник Д. В., Моисеева А. Ю. Сиротские произведения в России: статус, пути решения проблемы. Как открыть доступ к произведениям, авторов или законных правообладателей которых установить невозможно. — М. : Ваш формат, 2016. — 21 с.
8. Луткова О., Черныш Д. Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2011. — № 12. — С. 47–56.
9. Луткова О. В. Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2016. — № 2. — С. 186–199.
10. Мишакова Ю. И. «Сиротские произведения»: история и перспективы развития // Вопросы российского и международного права. — 2018. — Т. 8. — № 5А. — С. 167–174.
11. Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of «Rights» in Digital Collection Building. By J. P. Wilkin. — Feb., — 2011. — URL: <https://www.clir.org/pubs/ruminations/wilkin/>.
12. Orphan Works Analysis and Proposal. Submission to the Copyright Office / Center for the Study of the Public Domain. Duke Law School. — March, 2005 // URL: <http://www.law.duke.edu/cspd>.
13. Peters M. The Importance of Orphan Works Legislation. U. S. Copyright Office. URL: <https://www.copyright.gov/orphan/>.
14. Report on Digital Preservation, Orphan Works European Commission and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues / Ad. by the High Level.

*Материал поступил в редакцию 25 апреля 2020 г.*

## REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Budylin S. L. Vinni-Puh i Cheburashka vstrechayutsya v sude. Spory vokrug «staryh» proizvedenij v Rossii i za rubezhom // Zhurnal suda po intellektual'nym pravam. — 2014. — № 4. — S. 53–66.
2. Gorodov O. A. Obshchestvennoe dostoyanie kak pravovoj rezhim rezul'tatov intellektual'noj deyatel'nosti // Patenty i licenzii. — № 4. — 2017. — S. 10–18.
3. Dmitrieva G. K., Lutkova O. V. Nacional'nye mekhanizmy regulirovaniya transgranichnyh avtorskih otnoshenij, ob"ektom kotoryh yavlyayutsya sirotskie proizvedeniya // Lex russica. — 2019. — № 11 (156). — S. 18–29.
4. Kalyatin V. O. Funkcii rezhima obshchestvennogo dostoyaniya v sovremennom informacionnom obshchestve // Pravo. Zhurnal Vysshej shkoly ekonomiki. — 2015. — № 4. Oktyabr' — dekabr'. — S. 4–16.

5. Kozlovskij S. A., Gorbunova A. S., Zhukov D. A. [i dr.] Otkrytaya biblioteka. Rekomendacii dlya bibliotek po ispol'zovaniyu otkrytyh licenzij i publikacii proizvedenij v rezhime otkrytogo dostupa / pod obshch. red. S. A. Kozlovskogo. — M. : Vash format, 2017. — 140 s.
6. Kostyuk K. Problema vvedeniya sirotskih proizvedenij v prostranstvo legal'nogo rynka elektronnyh knig // Bibliotchnoe delo. — 2013. — № 1 (194). — S. 31–33.
7. Levova I. Yu., Vinnik D. V., Moiseeva A. Yu. Sirotskie proizvedeniya v Rossii: status, puti resheniya problemy. Kak otkryt' dostup k proizvedeniyam, avtorov ili zakonnyh pravoobladatelej kotoryh ustanovit' nevozmozhno. — M. : Vash format, 2016. — 21 s.
8. Lutkova O., Chernysh D. Konvencionnoe regulirovanie svobodnogo ispol'zovaniya proizvedenij v transgranichnom kommercheskom oborote // Intellektual'naya sobstvennost'. Avtorskoe pravo i smezhnye prava. — 2011. — № 12. — S. 47–56.
9. Lutkova O. V. Doktrina dobrosovestnogo ispol'zovaniya proizvedenij v sovremennom avtorskom prave SShA // Pravo. Zhurnal Vysshej shkoly ekonomiki. — 2016. — № 2. — S. 186–199.
10. Mishakova Yu. I. «Sirotskie proizvedeniya»: istoriya i perspektivy razvitiya // Voprosy rossijskogo i mezhdunarodnogo prava. — 2018. — T. 8. — № 5A. — S. 167–174.
11. Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of «Rights» in Digital Collection Building. By J. P. Wilkin. — Feb., — 2011. — URL: <https://www.clir.org/pubs/ruminations/wilkin/>.
12. Orphan Works Analysis and Proposal. Submission to the Copyright Office / Center for the Study of the Public Domain. Duke Law School. — March, 2005 // URL: <http://www.law.duke.edu/cspd>.
13. Peters M. The Importance of Orphan Works Legislation. U. S. Copyright Office. URL: <https://www.copyright.gov/orphan/>.
14. Report on Digital Preservation, Orphan Works European Commission and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues / Ad. by the High Level.